

行政院國家科學委員會專題研究計畫成果報告

中文計畫名稱：司法審查的政策形成機能

英文計畫名稱：Policymaking of the Judicial Review

主持人：許志雄

E-Mail：hsu4216@mail.tku.edu.tw

執行機關：淡江大學公共行政學系

計畫編號：NSC 87-2414-H-032-005

執行期限：86 年 8 月 1 日至 87 年 7 月 31 日

一、中英文摘要 (Abstract)

本研究計畫採用文獻分析法，從事憲法的歷史研究及比較法研究，就時間及空間因素作縱向與橫面的剖析，並且超越法律解釋的藩籬，運用政治學與社會學方法，對司法審查的政策形成機能進行動態之探討。

內容主要探討：司法審查的任務、司法積極主義與消極主義、司法審查政策形成機能的正當性與界限、我國司法審查政策形成機能的發展、我國司法政策形成的課題。研究結果建議，司法審查機關應熟諳司法自制及積極主義雙方的長處，在不同場合運用不同方法，以期達到適當效果。司法審查機關要在政策形成機能上強化正當性，必須從解釋內容的說理著手，特別是人權實質價值的深入探討，以及憲法訴訟程序理論的建構，都是當務之急。當然，司法審查機關法院化，也是重要的課題。

關鍵詞：司法審查、政策形成、憲法

This research project employs the method of documentary inquiry. Following the dichotomy of chronology and subject matter, this project analyzes the history of constitutional development and comparative law. In addition, the analysis presented by this project goes beyond legal hermeneutics; it also takes advantage of some methods used

by political science and sociology. Only through this multiple research strategies, can we engage in a dynamic inquiry into judicial policymaking.

The contents of this research project cover the following topics: judicial activism and judicial self-restraint, the justification and limitation of judicial policymaking, the development of judicial policymaking in Taiwan. The final findings assert that judicial-review institutes should be familiar with the strengths of both judicial activism and judicial self-restraint so that a proper approach can be chosen to produce a more suitable solution. In order to strengthen its legitimacy in terms of policymaking, a judicial-review institute needs to look into the reasoning of interpretation with a special emphasis on the substantive values regarding human rights as well as the construction of procedural theories concerning constitutional litigations. In addition, the "tribunalization" of judicial-review institutes is also a crucial element to be examined.

Keyword: Judicial Review Policymaking
Constitution

二、計畫緣由與目的

依據孟德斯鳩的古典權力分立

論，司法不帶政治性，嚴格而言，不是一種「權力」；法官身為法律的「傳聲筒」，只能一板一眼適用法律。這種看法，不但在理論上值得商榷，而且與現代司法作用的實態大相逕庭。

現代司法具備政策形成機能，乃不爭的事實。民刑事訴訟由傳統的「爭訟型」發展到「政策形成型」，可以為證。尤其，在司法審查制度的運用下，司法的政策形成機能更加顯著；美國所以有「司法國家」之稱，原因即在於此。戰後日本師法美國，引進司法審查制度，同樣出現司法的政策形成現象，在憲法學上備受矚目，成為重要的研究課題。

我國於戰後建立司法審查制度，迄今五十年間，司法院大法官已作成四百多號解釋，其中不乏具有高度政策形成性質者，對政治現實造成重大影響。例如，司法院釋字第三十一號解釋出現後，第一屆中央民意代表獲得不必改選的護身符；而第二六一號解釋作成後，旋乾轉坤，中央民意代表隨即必須全面改選。這兩號解釋對政策的影響有多大，不言可喻。此外，類似情形相當多，對我國憲政發展皆有特別的意義與效果，不容忽視。

但是，國內有關研究十分貧乏，與美、日相較，明顯落後甚多。換言之，過去國內對司法審查的研究，多偏於制度層面，而鮮從機能角度切入，更遑論集中焦點於政策形成機能上。有鑑於此，本計畫擬以美、日學說及實務為借鏡，針對我國司法審查的政策形成機能加以探討，希望透過全面性的了解，找出特徵、問題及因應之道，藉以促進司法審查制度的健全發展。

三、結果與討論

本研究計畫採用文獻分析法，從事憲

法的歷史研究及比較法研究，就時間及空間因素作縱向與橫面的剖析，並且超越法律解釋的藩籬，運用政治學與社會學方法，對司法審查的政策形成機能進行動態之探討。

本研究計畫的結果與討論，依研究架構大致說明如下：

（一）司法審查的任務

憲法的最終目的在於保障人權，維護個人尊嚴，司法審查制度的首要任務，亦無非為了追求此一目的之實現。立法及行政等政治部門的運作，有時會受到利益團體影響，或迷失於公共福利的假象，而侵害人民的自由權利，此時獨立的司法審查機關若能善盡職責，對政治部門發揮制衡作用，則可達成保障人權的效果。同時，藉由人權的保障，讓多數人與少數人，在公平的基礎上競爭，則對民主過程的維護而言，亦有不容抹滅的貢獻。此外，在統治機構的相互關係上，司法審查機關透過合憲性控制，可以促進和諧，避免赤裸裸的權力鬥爭，有助於政治的健全發展。

（二）司法積極主義與消極主義

司法消極主義或司法自制論主張，行使司法審查權時，應對立法部門及行政部門等政策決定者（policy-makers）的決斷，採取最大限度的「謙讓與敬意」（modesty and deference）立場。反之，司法積極主義要求司法審查機關積極介入政治部門的決斷，並勇於宣告法令違憲或發揮政策形成功能。吾人認為，司法審查機關應兼籌並顧，不可偏廢，換言之，必須熟諳司法自制及積極主義雙方的長處，在不同場合運用不同方法，方能達到適當效果。此一態度，可稱為「穩健的司法積極主義」。例如，以雙重基準理論為基礎，對管制經濟自由的立法為合憲性推定，不輕易推翻政治部門的決策；但是，對限制精神自由的立法，

不為合憲性推定，而以嚴格的基準予以審查。如此，庶幾可以一方面達成司法審查的任務，另一方面又確保司法審查機關的超然地位。

（三）司法審查政策形成機能的正當性與界限

司法審查機關扮演「憲法的維護者」角色，具備相當強的權力性，惟其成員非經選舉產生，並不直接對國民負責，故從事政策形成時必須格外審慎，務期透過詳細的說理取得國民信賴。蓋法官原本係獨立、公正、中立及客觀的象徵，進行違憲審查時，卻又帶有權力性，其象徵性與權力性之間，存有緊張關係，必須取得平衡，方不至於出現「司法信賴的危機」。司法審查機關擅長法的推理，而對政策形成所需的資訊及知識之掌握，與政治部門相較，通常處於劣勢，是為司法審查政策形成機能的界限所在。

（四）我國司法審查政策形成機能的發展

我國第一屆至第四屆大法官所作的憲法解釋屈指可數，並未充分實現政策形成機能，不過仍有若干值得注意的解釋。其中，關於法院隸屬（釋 86）及違警罰法違憲（釋 166）的解釋，應具有重大的政策形成機能，但因政治部門的漠視及怠惰，未能立即發揮效果。第五屆及第六屆大法官幡然改圖，加上釋憲可決人數降低，不論合憲或違憲解釋的數量皆大幅增加，證明其政策形成機能與前四屆不可同日而語。歷年來重要的解釋，在人權方面有：釋 224、釋 242、釋 251、釋 265、釋 272、釋 288、釋 300、釋 318、釋 331、釋 340、釋 364、釋 365、釋 373、釋 380、釋 384、釋 386、釋 390、釋 392、釋 405、釋 436、釋 439、釋 440、釋 443、釋 445、釋 450、釋 452；在民主過程方面有：釋 31、釋 261、釋 342、

釋 401、釋 445；在統治機構的合憲性控制方面有：釋 3、釋 175、釋 234、釋 235、釋 364、釋 277、釋 325、釋 371、釋 387、釋 391、釋 419、釋 435。

（五）我國司法審查政策形成的課題

近年來，我國司法審查制度已有長足的進步，但與先進國家比較，仍有諸多缺失。司法審查機關要在政策形成機能上強化正當性，必須從解釋內容的說理著手，特別是人權實質價值的深入探討，以及憲法訴訟程序理論的建構，都是當務之急。當然，司法審查機關法院化，也是重要的課題。

四、計畫成果自評

本計畫的進行尚稱順利，報告內容依循原計畫的構想及設計為之，並完成預期的目標。本報告擬進一步整理後，擇要發表於學術期刊。蓋法學界對於司法審查的探討不多，本計畫對司法審查的政策形成機能的研究成果，可彌補該領域學術上的不足，提供其他研究者參考，以收拋磚引玉的效果。此外，報告中提出若干維護司法審查之建議，可提供司法及行政部門參考，並具有應用上的價值。

五、主要參考文獻（以姓氏筆畫為序）

（一）、中文書籍及期刊：

李惠宗，〈「體系正義」作為違憲審查基準之探討—以釋字第二二八號解釋為素材〉，憲政時代，16卷2期，民79年10月。

李鴻禧，〈〈違憲審查論〉〉，台灣大學法學論叢四十，台灣大學法學叢書編輯委員會編輯，1990年10月。

林子儀，〈普通法院各級法官及行政法院評事應否具有違憲審查權〉，憲政時代 18 卷 3 期，民國 82 年 1 月。

法治斌，〈人權保障與司法審查〉，月旦出版。

許志雄，〈集會遊行規制立法的違憲審查基準（上）、（中）、（下）〉，月旦法學雜誌37、38、39期，1998年。

許志雄，〈〈憲法之基礎理論〉〉，台北：稻香出版社，1993年3月第二版。

許志雄，〈表現自由之界限與違憲審查基準-司法院釋字第一〇五號解釋之評析〉，法政學報1期，民國82年7月。

許宗力，〈普通法院各級法官及行政法院評事應否具有違憲審查權〉，憲政時代18卷3期，民國82年1月。

黃昭元，〈從違憲但不立即無效的大法官會議檢討我國司法制度〉，月旦法學12卷，民85年4月。

陳俊榮，〈〈大法官會議釋字研究〉〉，台灣商務出版，1989年

翁岳生，〈〈法治國家之行政法與司法〉〉，月旦出版，1994年。

葉俊榮，〈司法院大法官附期限憲法解釋的分析〉，*Proceedings of the National Science Council (Part C)*，6卷1期，民國85年1月。

劉幸義，〈由法治國家原則與法學方法論的角度評司法院釋字第三四二號解釋〉，律師通訊185期，民國84年2月。

蔡茂寅，〈在學關係與司法審查-大法官會議釋字第三八二號解釋評釋〉，月旦法學雜誌4期，民國84年8月。

蘇永欽，〈〈合憲性控制的理論控制與實際〉〉，月旦出版社，1994年

司法院大法官會議解釋彙編及續編（一~九），司法院秘書處印行。

（二）外文期刊及書籍：

A.S.Miller *Toward Increased Judicial Activism* 1982

C.Landfriend(ed.) *Constitutional Review and Legislation* 1988

E.McWhiney *Supreme courts and Judicial*

Law-Making : Constitutional Tribunals and Constitutional Review 1986

H.J.Speath *Supreme Court Policy Making* 1979

J.Ely *Another such Victory : Constitutional Theory and Practice in a World Where Courts Are No Different from Legislatures* 77Va.L.Rev. 1991

J.R.Schmidhauser *Constitutional law in American politics* 1984

M.J.Perry *The Constitution 、the courts 、and Human Rights* 1982

M.Shapiro & D.S. Hobbs *The Politics of Constitutional law* 1974

Well-Groomsman *The Concept of Judicial Policy-Making: A Critique* 15 J. of Pub L. 1967

大林文敏 〈裁判下云竹月立法機能月政策形成機能〉 失丟忤市法1983-1 - 1983 -

小林武 〈憲法訴訟月立法訟市關係毛戶什月若干市問題-憲法判題市再檢討市什戶下〉 南山法學9學3 - 1986 -

戶松秀典 〈〈司法審查制〉〉 勁草書房1989 - 第一版

古野豐秋 〈〈秋憲市憲法解釋〉〉 尚學社1990 -

外尾健一等 〈〈等什月司法〉〉 勁草書房1990 -

田中成明 〈〈裁判毛戶什月法月政明〉〉 有斐閣 1989 - 初版三刷

田中英夫 〈判題下什月法形成〉 法學夫會雜誌94學6 - 1977 -

阪本昌成 〈〈等什市司法的救濟〉〉 有濟濟 1990 -

佐藤幸明 〈〈憲法訴訟月司法什〉〉 幸本評論社 1984 - 初版

佐藤幸明 〈〈現代國家月司法什〉〉 有斐

閣 1988 - 初版
 家田英夫 <裁判家市法形成機能月什市家
 家> 法律論叢 57 學 1.2 合併- 1984 -
 浦部法穂 <<秋憲審查市基準>> 勁草書
 房 1985 -
 高橋家之 <<憲法判之市之法>> 有斐閣
 1995 -
 奥平康弘 <<憲法裁判市可能性>> 岩波
 書波 1995 -
 野村敬造 <<憲法訴訟月裁判市拒絕>>
 成文濟 1987 -
 野中俊彦 <<憲法訴訟市原理月技術>>
 有斐閣 1995 -
 横田喜三郎 <<秋憲審查>> 有斐閣 1968
 -
 郎部濟喜 <<郎部濟喜先生還曆紀念「憲
 法訴訟月等什市理論」>> 有斐閣 1994
 - 「刷
 郎部濟喜 <<等什月憲法訴訟>> 有斐閣
 1994 - 初版
 郎部濟喜 <憲法學下云什月憲法裁判論
 > 法學夫會雜誌 113 學 8 - 1996 -
 憲法理論研究會 <<秋憲審查制市研究
 >> 敬文濟 1993 -
 藤究俊夫 <<憲法訴訟市基究理論>> 成
 文濟 1981 -
 什口陽一 <<司法市積極性月極極性>>
 勁草書房 1978 -
 什口陽一 <<憲法判題毛極仄化極什戰後
 幸本>> 新地書房 1990 -